



Centro Universitário de Brasília-UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais-FAJS

ANA CECÍLIA SOUSA VILARINHO

**A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO
COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE E SEUS PRINCÍPIOS**

BRASÍLIA
2015

ANA CECÍLIA SOUSA VILARINHO

**A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO
COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE E SEUS PRINCÍPIOS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharel em
Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. João Rezende
Almeida Oliveira.

**BRASÍLIA
2015**

ANA CECÍLIA SOUSA VILARINHO

**A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO
COM O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE E SEUS PRINCÍPIOS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharel em
Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. João Rezende
Almeida Oliveira.

Brasília, _____ de _____ 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Rezende Almeida de Oliveira
Orientador

Prof. Luís André Martins Lima

Prof. Marcia Mazoni

RESUMO

Inicialmente, analisa-se os princípios securitários e previdenciários e apresenta-se noções acerca das modalidades de aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social. Por conseguinte, conceitua-se e contextualiza-se o instituto da desaposentação em parte do trabalho voltada à defesa da tese de incompatibilidade do instituto da desaposentação com o ordenamento jurídico vigente e seus princípios. Este entendimento sustenta-se no sistema contributivo de repartição simples adotado por nosso regime previdenciário, além do princípio da solidariedade em que se sustenta. Na autonomia entre a relação de custeio e de prestação da previdência social, na omissão legislativa e consequente aplicação do princípio da legalidade à Administração e na existência de vedação à desaposentação no artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91. Ao final, destaca-se julgados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Previdência Social. Regime Geral de Previdência Social. Aposentadoria. Desaposentação. Impossibilidade.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL | 8 |
| 1.1 Da Seguridade Social..... | 8 |
| 1.1.1 Conceito. | 8 |
| 1.1.2 Princípios Constitucionais da Seguridade Social..... | 8 |
| 1.1.2.1 Solidariedade..... | 9 |
| 1.1.2.2 Universalidade de Cobertura e Atendimento. | 10 |
| 1.1.2.3 Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais. | 11 |
| 1.1.2.4 Seletividade e Distributividade na Prestação de Benefícios e Serviços..... | 11 |
| 1.1.2.5 Irredutibilidade do Valor dos Benefícios. | 12 |
| 1.1.2.6 Equidade na Forma de Participação no Custeio. | 12 |
| 1.1.2.7 Diversidade da Base de Financiamento. | 13 |
| 1.1.2.8 Caráter Democrático e Descentralizado da Administração. | 14 |
| 1.1.2.9 Preexistência do Custeio em Relação ao Benefício ou Serviço. | 14 |
| 1.2 Da Previdência Social..... | 15 |
| 1.2.1 Princípios Específicos da Previdência Social. | 16 |
| 1.2.1.1 Filiação Obrigatória. | 17 |
| 1.2.1.2 Caráter Contributivo. | 17 |
| 1.2.1.3 Equilíbrio Financeiro e Atuarial. | 18 |
| 1.2.1.4 Correção Monetária dos Salários de Contribuição, Preservação do Valor Real dos Benefícios e a Garantia do Benefício Mínimo. | 19 |
| 1.2.1.5 Indisponibilidade dos Direitos dos Beneficiários. | 20 |
| 2. APOSENTADORIAS NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL..... | 22 |
| 2.1 Aposentadoria por Invalidez. | 22 |
| 2.2 Aposentadoria por Idade. | 24 |
| 2.3 Aposentadoria Especial..... | 25 |
| 2.4 Aposentadoria por Tempo de Contribuição. | 27 |
| 3. DESAPOSENTAÇÃO..... | 31 |
| 3.1 Conceito e Contextualização da Desaposentação. | 31 |
| 3.2. A Incompatibilidade do Instituto da Desaposentação com o Ordenamento Jurídico Vigente e seus Princípios..... | 32 |
| 3.2.1. Sistema Contributivo de Repartição e o Princípio da Solidariedade. | 32 |

| | |
|---|----|
| 3.2.2. Autonomia entre a Relação de Custeio e a Relação de Prestação da Previdência Social. | 34 |
| 3.2.3 Omissão Legislativa a Respeito da Desaposentação e a Aplicação do Princípio da Legalidade à Administração Pública. | 36 |
| 3.2.4 Existência de Vedação à Desaposentação no Artigo 18, Parágrafo 2º da Lei nº 8.213/91. | 38 |
| 3.2.5 Renúncia à Aposentadoria e Ato Jurídico Perfeito | 39 |
| 4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. | 41 |
| 4.1 Entendimento Firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.334.488/SC.... | 42 |
| 4.2. Julgamento da Desaposentação pelo Supremo Tribunal Federal..... | 43 |
| CONCLUSÃO..... | 51 |
| REFERÊNCIAS | 54 |

INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico não há óbice a que o aposentado retorne à atividade laborativa, exceto em caso de aposentadoria por invalidez. Desta forma, visando melhoria em sua qualidade de vida, muitos segurados, após a concessão do benefício previdenciário, retornam ao mercado de trabalho.

Em decorrência do retorno ao trabalho o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social reassume sua qualidade de segurado obrigatório, devendo verter contribuições para à Seguridade Social.

Ocorre que nossa legislação previdenciária não confere a este aposentado o direito a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, senão ao salário família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Nesse contexto, surge o instituto da desaposentação, também denominado como renúncia à aposentadoria. Consiste no desfazimento do ato concessório da aposentadoria, por vontade do titular, computando o tempo de serviço, e consequentemente as contribuições vertidas, antes e após a concessão do benefício previdenciário preterido, para obtenção nova aposentadoria, financeiramente mais vantajosa.

Trata-se de uma criação da doutrina e jurisprudência, uma vez que não há previsão legal para a prática da desaposentação.

Em virtude desta omissão legislativa, o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS indefere os pleitos de renúncia à aposentadoria, o que culmina no ajuizamento destas demandas perante o Poder Judiciário.

No âmbito do Judiciário há divergências quanto à possibilidade da desaposentação. Há três posicionamentos quanto ao tema: a possibilidade da desaposentação sem a necessidade de devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria preterida, a impossibilidade da desaposentação e a possibilidade desde que haja restituição dos valores recebidos.

Diante desta desarmonia, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento quanto à possibilidade da desaposentação sem a necessidade de devolução dos valores recebidos. Apesar do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, as divergências continuam.

Aguarda-se manifestação do Supremo Tribunal Federal no RE 661256, de repercussão geral reconhecida, para por fim à controvérsia da desaposentação.

Abordando a desaposentação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, este trabalho discorre acerca da incompatibilidade da desaposentação com o ordenamento jurídico vigente e seus princípios através da exposição dos princípios da Seguridade e da Previdência Social, essenciais para seu desfecho, e de breves considerações acerca das modalidades de aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social, a fim de contextualizar a desaposentação, apresentado uma visão geral dos benefícios previdenciários em que incide.

Feitas estas considerações nos capítulos iniciais, a terceira parte do trabalho conceitua e contextualiza a desaposentação, além de sustentar a tese de sua impossibilidade.

Ao final, são apresentados o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema e os votos proferidos no Recurso Extraordinário que encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, para visualizarmos o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

1. SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1 Da Seguridade Social

1.1.1 Conceito

Prevista em nossa Constituição Federal como um Direito Fundamental Social¹, a seguridade social é compreendida como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência social”²

Em que pese tal previsão normativa, Wladimir Novaes Martinez ressalta que é muito comum confundir tal disposição constitucional com a definição em si da seguridade social. Defende que não se trata tecnicamente de uma conceituação, mas de uma relação dos componentes da seguridade,³ quais sejam: saúde, assistência e previdência social.

A seguridade social pode ser entendida como um sistema protetivo do Estado, em conjunto com a sociedade, que visa proporcionar um padrão mínimo de vida digna ao indivíduo que veio a sofrer alguma privação econômica e social, não podendo prover suas necessidades por seus próprios meios, em virtude de adversidades da vida. Tal mecanismo visa assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência não só de forma imediata como posterior e trata-se em , última análise, de um instrumento de alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “ contruir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.”⁴

1.1.2 Princípios Constitucionais da Seguridade Social

Os princípios da seguridade social estão espalhados pela Constituição e pelas leis securitárias, em especial a Lei nº 8.212/91. Dentre os mais importantes, temos aqueles

¹ CRFB/88 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição .

² CRFB/88, artigo 194, *caput*.

³ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p. 5.

⁴ JUNIOR, Rocha apud CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 283, junho/ 2010.

previstos no parágrafo único do artigo 194⁵ da Constituição Federal. Apesar de figurarem no dispositivo legal como objetivos, “são verdadeiros princípios, descrevendo as normas elementares da seguridade, as quais direcionam toda a atividade legislativa e interpretativa da seguridade social.”⁶

1.1.2.1 Solidariedade

Apesar de não constar no rol do artigo 194, o princípio da solidariedade está presente no artigo 3º inciso I da Constituição Federal, que estabelece como um objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O ideal da solidariedade também se encontra no caput do artigo 195, ao dispor que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta.

Fabio Zambitte Ibrahim destaca:

“Sem dúvida, é o princípio securitário de maior importância, pois traduz o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos, viabilizando a concessão de prestações previdenciárias em decorrência de eventos preestabelecidos.”⁷

A solidariedade baseia-se na ideia de uma prestação mútua diante das adversidades. Esta cooperação se dá através de um pacto de gerações, em que “os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos necessitados que surgem.”⁸

Voltado para a contribuição da maioria em benefício da minoria, este princípio justifica a possibilidade de um trabalhador poder se aposentar por invalidez em seu primeiro dia de trabalho, sem ter vertido qualquer contribuição para o sistema. Justifica, ainda, a necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias dos aposentados que retornam ao mercado de trabalho, pois como qualquer trabalhador ele deve adimplir com suas

⁵ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

⁶ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 64.

⁷ Ibidem, p.64.

⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 85.

obrigações previdenciárias.⁹

Este preceito impede a adoção de um sistema de capitalização, uma vez que a contribuição de um não é exclusiva deste, mas sim voltada para a manutenção de toda a rede protetiva. Desta forma, justifica-se a compulsoriedade do sistema previdenciário, pois a contribuição dos trabalhadores faz-se necessária para a manutenção do sistema.¹⁰

Pode-se afirmar que o princípio da solidariedade atua como um postulado fundamental da seguridade social¹¹, possuindo um escopo de atuação mais amplo dos que os outros ideais¹². Observa-se que os princípios elencados no artigo 194 da CF/88, de alguma forma estão relacionados com a solidariedade.

1.1.2.2 Universalidade de Cobertura e Atendimento

Segundo Marcelo Tavares, “a universalidade é uma característica dos direitos humanos como direito de todas as pessoas”¹³. Em nosso sistema jurídico, permite que todos os residentes no país tenham acesso aos benefícios da Seguridade Social, sendo vedado distinções.

Desta forma, presente no inciso I, parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal, a Universalidade de Cobertura e Atendimento refere-se a possibilidade de qualquer pessoa participar da proteção social patrocinada pelo Estado¹⁴.

Tal princípio possui uma dimensão objetiva e uma subjetiva. A dimensão objetiva faz referência à universalidade de cobertura, preocupando-se em abarcar todas as situações que possam gerar um estado de necessidade¹⁵. O aspecto subjetivo corresponde à universalidade de atendimento, buscando tutelar todas as pessoas que integram a população, sejam nacionais ou estrangeiras.¹⁶

No que se refere à Previdência Social, alguns negam seu carácter universal. Isto porque, esta área da Seguridade Social, é, a princípio, restrita aos que exercem atividade remunerada. Porém, para atender ao mandamento constitucional da universalidade, adotou-se

⁹ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 65.

¹⁰ Ibidem, p.65.

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59

¹² IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 66.

¹³ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.2.

¹⁴ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 66.

¹⁵ Ibidem, p.66.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59

um Regime Geral de Previdência Social com a presença da figura do segurado facultativo, referindo-se àqueles que não exercem atividade remunerada mas contribuem para o sistema.¹⁷

1.1.2.3 Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais

O objetivo da uniformidade é auxiliar o princípio da universalidade, descrito anteriormente, tratando-se de um desdobramento do princípio da isonomia e da solidariedade.

O princípio visa impossibilitar distinções entre trabalhadores urbanos e rurais, vedando a criação de benefícios diferenciados. Contudo, isto não significa que o tratamento conferido a todos os trabalhadores deva se dar de forma exatamente igual, aplica-se o princípio geral da isonomia, atentando para as peculiaridades existentes entre estes segurados.

Diante disto, “algumas distinções no custeio e nos benefícios entre urbanos e rurais são possíveis, desde que sejam justificáveis perante a isonomia material, e igualmente razoáveis, sem nenhuma espécie de privilégio para qualquer dos lados.”¹⁸

Desmembrando o princípio, nos deparamos com um aspecto objetivo e subjetivo. A “uniformidade” encarrega-se da dimensão objetiva do princípio, referindo-se aos eventos que serão cobertos. Esta cobertura ocorrerá de forma igual tanto para a população urbana quanto rural. Por outro lado, o elemento subjetivo fica a cargo da equivalência, que está ligada a dimensão econômica dos serviços prestados.” Por equivalência, deve-se entender a vedação do estabelecimento de critérios diversificados para o cálculo dos benefícios previdenciários.”¹⁹

1.1.2.4 Seletividade e Distributividade na Prestação de Benefícios e Serviços

A seletividade atua como uma forma de contraposição ao princípio da universalidade²⁰. Isto porque, ao passo que a universalidade busca abranger todos os eventos que possam acarretar um estado de necessidade, auxiliando todas as pessoas que integram a população, a seletividade faz uma ponderação conforme a capacidade econômica do Estado.

Desta forma, a seletividade está ligada ao estabelecimento de critérios referentes

¹⁷ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 66.

¹⁸ Ibidem, p.67.

¹⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.95.

²⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.4.

às contingências que serão abrangidas, as pessoas que serão beneficiadas, bem como as prestações que serão mantidas pela Seguridade Social.

A distributividade volta o olhar da seletividade, direcionando a atuação do sistema protetivo, para as pessoas que demonstrem possuir maiores necessidades.²¹ “Explicita o caráter solidário da previdência social (e da seguridade social), além de auxiliar na implementação da isonomia no contexto protetivo”²². Possui, portando, caráter social; voltado para a distribuição de renda.²³

1.1.2.5 Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

A irredutibilidade do valor dos benefícios pode referir-se tanto a uma irredutibilidade nominal quanto real, buscando a manutenção do seu poder de compra.

A irredutibilidade nominal está ligada a impossibilidade de redução na expressão quantitativa da prestação pecuniária²⁴. Esta proteção constitucional impossibilita “o ataque direto ao valor recebido, quando, por exemplo, ainda que por lei, estabeleça-se a redução em reais do valor pago”²⁵. Trata-se de uma obrigação negativa do Estado, de não reduzir o valor do benefício.

Por sua vez, a irredutibilidade real refere-se à expressão qualitativa da prestação pecuniária.²⁶ Visando atribuir maior eficácia ao princípio, este aspecto diz respeito à proteção do segurando em relação aos efeitos da inflação. Diante da desvalorização monetária, a irredutibilidade real busca assegurar o poder de compra das prestações. Trata-se de uma obrigação positiva do Estado, de correção monetária da prestação.

Esta obrigação, encontra-se, ainda, prevista no artigo 201, parágrafo 4º da Constituição Federal, que assegura “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

1.1.2.6 Equidade na Forma de Participação no Custeio

²¹ BALERA, Wagner apud IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 68.

²² IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 69.

²³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014. p. p.61.

²⁴ BALERA, Wagner apud HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 97.

²⁵ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 69.

²⁶ BALERA, Wagner apud HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 97.

A equidade na forma de participação no custeio é corolário ao princípio da igualdade.

A igualdade a que se refere este princípio está relacionada com a cobrança das contribuições, que decorre da capacidade econômica do contribuinte. Desta forma, há igualdade na cobrança dentre aqueles que estiverem na mesma condição contributiva. Um trabalhador não pode contribuir do mesmo modo que uma empresa, assim como microempresas e empresas de pequeno porte também não irão contribuir do mesmo modo que outras empresas.²⁷

Este preceito, além de previsto no inciso V do artigo 194, está detalhado no parágrafo 9º do artigo 195 de nossa Carta Magna. O referido dispositivo dispõe que as contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

1.1.2.7 Diversidade da Base de Financiamento

A diversidade das bases de financiamento visam estabelecer uma proteção contra as oscilações setoriais, de modo que elas não comprometam a arrecadação de contribuições.²⁸

Inicialmente previsto na Constituição Federal de 1934, o princípio previa um modelo triplice de custeio, composto pelo União, empregador e empregado. Atualmente, nossa Carta Magna é mais abrangente, elencando no artigo 195 incisos I a IV o empregador, empresa e a entidade a ela equiparada na forma da lei; o trabalhador; os concursos de prognósticos; e o importador de bens ou serviços do exterior.

O constituinte previu, ainda, no parágrafo 4º do mesmo artigo, a possibilidade de instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social. Tal instituição deve ocorrer mediante lei complementar, atentando para que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos tributos já existentes na Constituição, e que sejam não-cumulativos.

Marcelo Tavares, destaca:

“ É através da diversidade de financiamento e da equidade de participação no custeio

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.63.

²⁸ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012, p.73.

que se manifesta flagrantemente a solidariedade gerenciada pelo Estado, pois vários setores da sociedade participam do esforço arrecadatário em benefício das pessoas mais carentes.”²⁹

1.1.2.8 Caráter Democrático e Descentralizado da Administração

Conforme inciso VII, parágrafo único, do artigo 194 da Constituição de 88, o caráter democrático e descentralizado da administração se dá mediante gestão quadripartite. Esta gestão ocorre mediante participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O dispositivo está em sintonia com o artigo 10º de nossa Carta Magna, que confirma o caráter democrático da gestão: “é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

Carlos de Castro e João Lazzari ressaltam que “a gestão dos recursos, programas, planos, serviços e ações nas três vertentes da Seguridade Social, em todas as esferas de poder, deve ser realizada mediante discussão com a sociedade.”³⁰

A efetividade da democracia na gestão é encontrada na criação de órgãos de deliberação, como o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) previsto no artigo 3º da Lei nº 8.213/91.

A respeito do caráter descentralizado, Horvath Júnior destaca que “torna-se necessário que a atividade administrativa se desloque do Estado para outra pessoa jurídica, que, no caso da Previdência Social, é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)”³¹, visando evitar que valores tão importantes como a saúde, previdência social e assistência social, fiquem sobrestados na burocracia da Administração Pública.

1.1.2.9 Preexistência do Custeio em Relação ao Benefício ou Serviço

Também conhecido como regra da contrapartida, o princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço não está previsto no rol do artigo 194 da Constituição Federal, porém, encontra guarida no artigo 195, parágrafo 5º de nossa Carta

²⁹TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p.6.

³⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.91.

³¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.107

Magna, que dispõe que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

O princípio decorre da ideia de que não se pode gastar mais do que se arrecada³², o benefício ou serviço não pode ser criado, majorado ou estendido sem que antes haja ingressado numerário suficiente no caixa da seguridade social para poder cobrir todas as despesas decorrentes da alteração nas prestações.³³

Ou seja, para criação de um benefício é necessário, além da edição de lei ordinária, a previsão da origem dos recursos. Sem a existência prévia da fonte de custeio que corresponderá a totalidade do valor a ser pago, a prestação será considerada inconstitucional.³⁴

Sérgio Martins destaca que o artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal deve ser analisado em conjunto com o artigo 203, no qual se determina que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”³⁵. Apesar de o segurado não precisar contribuir para a seguridade social a fim de obter as vantagens da assistência social, o custeio da assistência social é necessária, ainda que indiretamente feita por todos, conforme preconiza o artigo 195 de nossa Carta Magna.

Este preceito busca “proporcionar proteção ao sistema de previdência social, atuando como instrumento garantidor do equilíbrio contábil do sistema”³⁶, ligado desta forma, ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

1.2 Da Previdência Social

Elencada como um dos segmentos da seguridade social, a previdência social é tradicionalmente definida como um seguro *sui generis*.³⁷ Atualmente está regulamentada nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 88; na Lei nº 8.212/91 que dispõe sobre organização da seguridade social; na Lei nº 8.213/91 que trata dos benefícios da previdência social; e no Decreto nº 3.048/99 que é o seu regulamento.

Conforme a Lei nº 8.212/91:

³² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.93.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.66.

³⁴ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012.p.77.

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.66.

³⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 109

³⁷ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012.p.28.

“A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”³⁸

Nossa Carta Magna determina que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.”³⁹

O sistema previdenciário brasileiro é composto por dois regimes básicos: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência. E por um regime de natureza complementar, a Previdência Privada; subdividida em aberta e fechada. Os regimes básicos decorrem da lei, tem como característica a filiação compulsória, o caráter coletivo, contributivo e de organização estatal, baseiam-se, ainda, na solidariedade.

O Regime Geral de Previdência Social será o objeto de estudo deste trabalho, uma vez que o Regimes Próprios de Previdência referem-se aos servidores ocupantes de cargo efetivo e aos militares. Por sua vez, a Previdência Privada possui caráter facultativo e autônomo quanto aos regimes básicos, voltado para complementação dos benefícios.

Ressalta-se que os regimes básicos não visam manter o padrão de vida que o segurado tinha antes de se aposentar, mas apenas o suficiente para que possa sustentar a si e sua família de forma digna. A manutenção do padrão de vida do beneficiário fica a cargo da previdência privada.

Sérgio Martins, destaca que:

“Os sistemas de previdência podem ser: (a) de capitalização, em que é feita uma espécie de poupança individual, que rende juros e correção monetária. Esse regime não depende de solidariedade entre as pessoas; (b) repartição simples: as pessoas se solidarizam, fazendo contribuições para um fundo, que é usado quando ocorrem contingências. É o chamado pacto entre gerações; (c) misto, que compreende uma combinação dos regimes de capitalização e repartição simples.”⁴⁰

O sistema de previdência adotado pelo Brasil é o de repartição simples, fundamentado no princípio da solidariedade. O regime é mutualista e não de capitalização individual.

1.2.1 Princípios Específicos da Previdência Social

³⁸ Lei nº8.212/91, artigo 3º.

³⁹ CRFB/88, artigo 201.

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.301

O parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 8.212/91⁴¹ e o artigo 2º da Lei nº 8.213/91⁴², tratam dos princípios constitucionais específicos da previdência social. Além dos princípios da seguridade social aplicáveis à previdência, destacam-se a filiação obrigatória; o caráter contributivo; a garantia do benefício mínimo; equilíbrio financeiro e atuarial; correção monetária dos salários de contribuição; preservação do valor real dos benefícios; facultatividade da previdência complementar; indisponibilidade dos direitos dos beneficiários.

1.2.1.1 Filiação Obrigatória

O *caput* do artigo 201 da Constituição Federal estabelece que o Regime Geral será de filiação obrigatória. Esta característica está voltada para a filiação automática do trabalhador que preencha os requisitos estabelecidos em lei ao regime geral, desde que não esteja enquadrado em outro regime. No momento que passa a exercer atividade remunerada vinculada ao RGPS, o indivíduo está incluído no campo da proteção previdenciária.

Este preceito visa promover mais segurança ao sistema. Que se possuisse caráter facultativo, não teria estrutura para garantir a proteção de todos os indivíduos frente aos eventos cobertos pela Previdência.

Horvath Júnior, leciona que a “obrigatoriedade de filiação decorre da natureza do seguro social como forma de garantir a todos a proteção social no momento da ocorrência dos eventos geradores das necessidades sociais”⁴³, e não apenas àqueles que puderam verter contribuições a um seguro ou aos que se atentaram para a necessidade de aderir a algum.

1.2.1.2 Caráter Contributivo

⁴¹ Lei nº 8.212/91, artigo 3º, parágrafo único. A organização da Previdência Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

a) universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição; b) valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não inferior ao do salário mínimo; c) cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente; d) preservação do valor real dos benefícios; e) previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.

⁴² Lei nº 8.213/91, artigo 2º. A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

I - universalidade de participação nos planos previdenciários; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

⁴³ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.84.

Assim como o preceito da filiação obrigatória, o caráter contributivo se faz presente no *caput* do artigo 201 da CRFB/88. Este princípio estabelece que o recebimento do benefício previdenciário pressupõe o pagamento de contribuições para o sistema. Desta forma, afirma-se que a “relação jurídica da Previdência Social pública é onerosa, em razão de que o segurado deve contribuir para ter direito ao benefício.”⁴⁴

Qualquer que seja o Regime de Previdência, este deverá ser contributivo, ou seja, custeado por contribuições sociais. Caberá a legislação ordinária que regulamenta cada regime estabelecer como o segurado irá verter contribuições para o sistema, determinando incidência, alíquotas, bases de cálculo, etc..⁴⁵

Ressalta-se que em virtude do regime de repartição simples adotado por nossa Constituição Federal, não há vinculação direta entre o valor das contribuições vertidas pelo segurado e o benefício que possa vir a receber. Isto porque, a contribuição de um segurado não é exclusiva deste, mas destinado a manutenção de toda a rede protetiva; com base no princípio da solidariedade. Desta forma, há segurados que irão contribuir mais do que irão receber e segurados que irão receber mais do que contribuíram, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, exemplificam:

“tenha-se um segurado que trabalhe durante trinta e cinco anos, contribuindo para algum regime previdenciário, e outro, ainda jovem, que trabalhe e contribua há apenas um mês; se ambos vierem a sofrer acidente que lhes retire permanentemente a capacidade laborativa, terão direito à aposentadoria por invalidez pelo resto das suas vidas. O primeiro talvez não venha a receber tudo o que contribuiu; o segundo certamente receberá mais do que recolheu aos cofres da Previdência.”⁴⁶

1.2.1.3 Equilíbrio Financeiro e Atuarial

O artigo 201 de nossa Carta Magna atenta para a necessidade da observância do equilíbrio financeiro e atuarial na execução da política previdenciária, visando a manutenção do sistema em condições superavitárias.

Em consonância com o princípio da Preexistência do Custeio em Relação ao Benefício ou Serviço, o preceito da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial está voltado para a necessidade do Poder Público compatibilizar a relação entre custeio e pagamento de benefícios, de forma a garantir o adimplemento das obrigações previdenciárias evitando um saldo negativo após efetuada toda a arrecadação e pagamento de benefícios.

⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.302

⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.95.

⁴⁶ *Ibidem* p.96.

Castro e Lazzari, ressaltam que este adimplemento se relaciona também com a observância das “oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis.”⁴⁷

1.2.1.4 Correção Monetária dos Salários de Contribuição, Preservação do Valor Real dos Benefícios e a Garantia do Benefício Mínimo

Em consonância com os preceitos constitucionais, a legislação previdenciária garante que o valor da renda mensal dos benefícios previdenciários, substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não poderá ser inferior ao do salário-mínimo; que o cálculo dos benefícios será realizado com base nos salários de contribuição, que deverão ser corrigidos monetariamente a fim proporcionar um benefício cujo valor se aproxime da renda que era auferida pelo segurado. Garante, ainda, a irredutibilidade dos benefícios de forma a preservá-los o poder aquisitivo.

Ressalta-se que a garantia do benefício mínimo está voltada apenas para as prestações que substituam o salário contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado, quais sejam: aposentadorias, auxílio-reclusão; auxílio-doença; pensão por morte e salário-maternidade. O auxílio-acidente e o salário-família não se enquadram neste rol por não exercerem a função exigida, de substituição do salário contribuição ou da renda do segurado; desta forma, podem ser fixados em valor inferior ao salário-mínimo.

A correção monetária dos salários de contribuição é um dos mecanismos de proteção da renda do segurado contra os efeitos da inflação, Castro e Lazzari preconizam que “ao fixar o cálculo de qualquer benefício previdenciário em que se leve em conta a média dos salários de contribuição, adote uma fórmula que corrija nominalmente o valor da base de cálculo da contribuição vertida, a fim de evitar distorções no valor do benefício a ser pago.”⁴⁸

Conforme artigo 29-B da Lei nº 8.213/91, a correção monetária ocorrerá mês a mês de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A preservação do valor real dos benefícios está relacionada com o princípio, exposto anteriormente no âmbito da seguridade social, da irredutibilidade do valor dos

⁴⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.96.

⁴⁸ Ibidem, p.98.

benefícios. Busca assegurar o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real; a fim de assegurar o poder de compra das prestações, atuando como outro tipo de mecanismo de proteção da renda do segurado contra os efeitos da inflação.

A Lei nº 8.213/91, determina que:

“O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário-mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE”⁴⁹

1.2.1.5 Indisponibilidade dos Direitos dos Beneficiários

Em virtude do caráter alimentar conferido à prestação previdenciária garante-se a indisponibilidade dos direitos dos beneficiários. Tal princípio traduz-se na impossibilidade do benefício ser “objeto de penhora, arresto ou sequestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.”⁵⁰

A Lei previdenciária estabelece uma ressalva a esta regra, possibilitando o desconto nos benefícios de parcelas referentes a:

- “I. contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;
- II. pagamento de benefício além do devido;
- III. imposto de Renda retido na fonte;
- IV. pensão de alimentos decretada em sentença judicial;
- V. mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas desde que autorizadas por seus filiados;
- VI. pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício”⁵¹

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari destacam que este preceito se refere, ainda, ao não cabimento da renúncia, em virtude da indisponibilidade inerente às verbas de natureza alimentar, e a inadmissibilidade do beneficiário, pelo decurso do prazo, perder seu direito ao benefício⁵². Baseiam seu entendimento na necessidade da preservação do

⁴⁹ Lei nº 8.213/91, artigo 41-A.

⁵⁰ Lei nº 8.213/91, artigo 114.

⁵¹ Lei 8.213/91, artigo 115.

⁵² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.99

direito adquirido daquele que tendo implementado as condições previstas em lei para a obtenção do benefício ainda não o tenha exercido.⁵³

⁵³Lei 8.213/91, artigo 102, § 1º.

2. APOSENTADORIAS NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 Aposentadoria por Invalidez

A Legislação Previdenciária determina que a aposentadoria por invalidez:

“ .. será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.”⁵⁴

Benefício de risco imprevisível e provisório com nítida tendência à definitividade,⁵⁵ geralmente é concedido após o a cessação do auxílio-doença. A aposentadoria por invalidez se diferencia deste benefício pela intensidade da inaptidão, e em decorrência da possibilidade da não constatação de plano da incapacidade permanente.

Desta forma, via de regra, concede-se o auxílio-doença e constatando-se a insuscetibilidade de reabilitação convola-se tal benefício em aposentadoria por invalidez, motivo pela qual a lei previdenciária destaca que essa espécie de aposentadoria será devida ao segurado que está ou não em gozo de auxílio-doença e o utiliza como parâmetro para definição da data do início do benefício.⁵⁶

A concessão e a manutenção da aposentadoria por invalidez depende da verificação da incapacidade por meio de exame médico-pericial, e classifica-se em invalidez acidentária se decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional e previdenciária se a invalidez não estiver relacionada ao trabalho.⁵⁷ A concessão do benefício submete-se, ainda, ao pagamento de no mínimo 12 contribuições mensais à Previdência Social.

O valor a ser recebido pelo segurado em virtude de aposentadoria por invalidez

⁵⁴ Lei nº 8.213/91, artigo 42, caput.

⁵⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes apud CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.752.

⁵⁶ Lei 8.213/91, Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§ 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida: a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

§ 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário.

§ 3º . (Revogado pela Lei nº 9.032, de 1995)

⁵⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.752.

será o de 100% do salário-benefício. Caso esteja amparado por auxílio-doença e este por força de reajustamento for superior a 100% do salário-benefício, o valor da aposentadoria por invalidez será aquele anteriormente recebido a título de auxílio-doença.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari destacam entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da análise dos aspectos sociais e pessoais do segurado na concessão da aposentadoria por invalidez, orienta-se que o Magistrado não deve se vincular tão somente à prova pericial. Em casos de incapacidade parcial concluída por laudo pericial, deve considerar-se, além dos aspectos previstos na legislação previdenciária, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado.⁵⁸

A Lei nº 8.213/91 ressalta que a incapacidade deve ser sobreveniente à filiação do segurado ao RGPS. A doença de que o segurado já era portador ao filiar-se não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença.

Em decorrência da própria natureza da aposentadoria por invalidez, não se espera que o segurado volte a exercer atividades laborativas, desta forma, a legislação previdenciária adverte que “ o aposentado que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.”⁵⁹

Apesar disto, regulamenta o retorno à atividade do segurado que ao sentir que possui condições de retornar ao trabalho solicita alta médica. Nesse casos, o valor do benefício diminui progressivamente até cessar, e o procedimento diferencia-se em dois momentos:⁶⁰

“ I - quando a recuperação ocorrer dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:

a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela Previdência Social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados;

II - quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

⁵⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.753

⁵⁹ Lei 8.213/91, artigo 46.

⁶⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Ltr, 2003.p. 701.

- b) com redução de 50% (cinquenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;
- c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6 (seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente.”⁶¹

2.2 Aposentadoria por Idade

Um dos benefícios previdenciários mais conhecidos, a aposentadoria por idade tem por objetivo a proteção inevitável e irreversível do processo de envelhecimento, que acarreta a perda, diminuição ou redução da capacidade laboral.⁶²

O risco da idade avançada é conhecido, já que necessário apenas o decurso do tempo. Trata-se de benefício de caráter definitivo que, no ordenamento jurídico vigente, não obsta o retorno ao trabalho.

É devida àquele que completar 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, reduzindo-se em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.⁶³ Esta redução decorre do princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios às populações urbanas e rurais, sendo necessária a comprovação do efetivo exercício da atividade, ainda que de forma descontinua.

A concessão da aposentadoria por idade submete-se ao pagamento mínimo de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais e possui como parâmetro para fixação da data de início do benefício:

- “I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:
 - a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou
 - b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea "a";
- II - para os demais segurados, da data da entrada do requerimento.”⁶⁴

As regras aplicadas à aposentadoria por idade quanto à carência e data de início do benefício também são utilizadas para concessão das aposentadorias especiais e por tempo de contribuição.

O valor do benefício consiste “numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não

⁶¹ Lei 8.213/91, artigo 47.

⁶² HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.250.

⁶³ CF/88 artigo 201, parágrafo 7º, inciso II.

⁶⁴ Lei 8.213/91, artigo 49.

podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.”⁶⁵

Uma característica relevante da aposentadoria por idade é a denominada “aposentadoria compulsória”. De acordo com a legislação previdenciária,

“ A aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência e completado 70 (setenta) anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 (sessenta e cinco) anos, se do sexo feminino, sendo compulsória, caso em que será garantida ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato de trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria”.⁶⁶

Esta previsão encontra resistência doutrinária. Wladimir Novaes Martinez⁶⁷ sustenta que :

“ A decisão de requerer o benefício previdenciário, a despeito de ele situar-se no campo da norma pública, é do titular do direito. Originária diretamente da prerrogativa de trabalhar, direito assegurado constitucionalmente, a regra é afetada pela possibilidade de o empregador poder solicitar a aposentadoria por idade, então dita compulsória.”

2.3 Aposentadoria Especial

De difícil compreensão em virtude de diversas alterações legislativas, a aposentadoria especial é entendida como:

“[...] uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.”⁶⁸

Wladimir Novaes Martinez leciona que “ por saúde, entende-se o perfeito equilíbrio biológico do ser humano. Integridade física quer dizer a preservação integral do organismo, sem afetação prejudicial por ação exterior.”⁶⁹

Desta forma, basta a mera exposição ao risco, independentemente do atingimento da capacidade laboral, daí a diferenciação da aposentadoria especial da aposentadoria por invalidez e sua caracterização como um das espécies de aposentadoria por tempo de contribuição⁷⁰

Além de comprovar os agentes nocivos a que esteve exposto, o segurado deverá

⁶⁵ Lei 8.213/91, artigo 50.

⁶⁶ Lei 8.213/91, artigo 51.

⁶⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Ltr, 2003.p. 705.

⁶⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.719

⁶⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Ltr, 2003. p.710

⁷⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.290.

demonstrar que este trabalho ocorreu de forma permanente, não ocasional nem intermitente, pelo período mínimo de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de acordo com os agentes a que sofreu exposição.

Esta comprovação ocorre mediante formulário emitido pela empresa, na forma definida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.⁷¹ Este laudo deverá manter-se atualizado, caso contrário, a empresa sofrerá penalidade de multa.

É essencial a presença no documento de ” informação sobre existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância”.⁷²

Ressalta-se que o fornecimento de EPI é responsabilidade da empresa, que deverá fornecer-lo de forma gratuita, em perfeito estado de conservação e funcionamento, de forma adequada ao risco, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.⁷³

A empresa deverá elaborar perfil profissiográfico, mantê-lo atualizado, e quando da rescisão do contrato de trabalho, fornecer cópia autêntica ao segurado. Conforme entendimento de Wladimir Novaes Martinez:

“ Perfil profissiográfico consiste em mapeamento atualizado das circunstâncias laborais e ambientais, com fiel descrição das diferentes funções do empregado, frente aos agentes nocivos, relato da presença, identificação e intensidade dos riscos, referências à periodicidade da execução trabalho, enfim, relatório do cenário de trabalho, concebido para fins previdenciários”⁷⁴

A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, considerados para fins de concessão deste tipo de aposentadoria, será definida pelo Poder Executivo⁷⁵. E assim são considerados, em razão de sua natureza, concentração, intensidade e exposição.⁷⁶

A lei previdenciária prevê a possibilidade de conversão do tempo de trabalho reconhecido como especial em tempo de atividade comum. Horvath Júnior entende que a

⁷¹ Lei 8.213/91, artigo 58, parágrafo 1º.

⁷² Lei 8.213/91, artigo 58, parágrafo 2º.

⁷³ Decreto-Lei 5.452/43, CLT- Artigo 166.

⁷⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes apud HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.300

⁷⁵ Decreto nº 3.048/1999, anexo IV.

⁷⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Ltr, 2003.p. 709.

“ conversão de tempo de serviço é o meio pelo qual o trabalhador, com dois ou mais períodos de atividade expostos a agentes agressivos, se equipara ao trabalhador comum e vice-versa, para fins de aposentadoria.”⁷⁷.O parágrafo 5º, artigo 57, da Lei nº 8.213/91 dispõe:

“O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.”

A data de início do benefício previdenciário da aposentadoria especial é fixada da mesma forma que a aposentadoria por idade e sua concessão requer o pagamento 180 contribuições mensais. A renda mensal inicial consiste em 100% (cem por cento) do salário benefício, e sua concessão obsta o retorno ao trabalho em atividade especial.

2.4 Aposentadoria por Tempo de Contribuição

Prevista no artigo 201, parágrafo 7º, inciso I da Constituição Federal de 1988, e devidamente exposta no Decreto 3.048/1999, a aposentadoria por tempo de contribuição advém da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, em substituição à “ aposentadoria por tempo de serviço”.

A nova modalidade requer 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher. Reduzindo-se em 5 anos o tempo de contribuição para professor “que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.”⁷⁸

Considera-se como tempo de contribuição:

“ o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos, como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade.”⁷⁹

Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição os períodos elencados no Decreto 3.048/99. Aplicam-se à aposentadoria por tempo de contribuição os mesmos critérios de data de início do benefício e carência aplicáveis à aposentadoria por idade.

Decorrente de diversas alterações legislativas, a aposentadoria por tempo de contribuição tem como precedentes a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria

⁷⁷ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.298.

⁷⁸ CFRB/88, artigo 201, parágrafo 8º.

⁷⁹ Decreto nº 3.048/1999, artigo 59, *caput*.

ordinária.

A aposentadoria ordinária encontrava-se na conhecida Lei Eloy Chaves, Lei Orgânica da Previdência Social promulgada em 1960, e requeria, em síntese, o cumprimento de requisitos etários e tempo de serviço. Posteriormente a idade mínima foi abolida e demandava-se somente o cumprimento de um tempo mínimo de trabalho, a aposentadoria passou, então, a denominar-se aposentadoria por tempo de serviço.

Ibrahim entende que a aposentadoria por tempo de serviço não se compatibilizava com a natureza contributiva do regime previdenciário, uma vez que não haviam, necessariamente, contribuições vertidas à Previdência Social.⁸⁰ Desta forma, visando adotar de forma definitiva o caráter contributivo do regime previdenciário brasileiro, a Emenda Constitucional 20/98 substituiu a aposentadoria por tempo de serviço pela aposentadoria por tempo de contribuição.

Destaca-se que a conhecida aposentadoria proporcional, modalidade do benefício por tempo de serviço, também deixou de existir.

Em virtude das modificações advindas da Emenda, visando a proteção ao direito adquirido, foram estabelecidas regras de transição aos segurados filiados ao RGPS antes da promulgação da EC 20/98.

Não obstante a intenção de implementação definitiva do caráter contributivo do Regime Geral de Previdência Social, o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição é alvo de muitas críticas, sendo, inclusive, defendida sua extinção.

A título de direito comparado, pelo o que se tem notícia, somente o Irã, Iraque, Kuwait e Brasil ainda possuem esta espécie de aposentadoria. A Argentina, Uruguai, Chile e Itália já adotaram este benefício, porém, foi extinto na Argentina e Itália e nos demais países é limitado a uma faixa etária que o inviabiliza.⁸¹

Dentre os defensores da extinção da aposentadoria por tempo de contribuição está Fabio Zambitte Ibrahim, que sustenta “ não ser este benefício tipicamente previdenciário, pois não há qualquer risco social sendo protegido - o tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho,”⁸² pelo contrário, “o que se vê, na prática, são segurados que se

⁸⁰ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p. 610.

⁸¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.351

⁸² IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p. 610.

aposentam por tempo de contribuição e continuam trabalhando.”⁸³ O autor entende que:

“[...] este benefício, em sua atual configuração, não se coaduna com a lógica protetiva, pois permite a aposentação em idades muito inferiores ao que se poderia rotular de idade avançada. Ainda que o pagamento tenha sido feito por anos a fio, a previdência pública não é poupança, mas sim seguro social, no sentido de atender à clientela protegida no advento de algum sinistro impeditivo de obtenção da remuneração. Para piorar, este benefício acaba por gerar uma solidariedade às avessas no sistema previdenciário, pois somente as classes mais abastadas conseguem obtê-lo, em razão da dificuldades de comprovação de longos períodos de contribuição.”⁸⁴

No contexto da desaposentação, observa-se que os aposentados por tempo de contribuição ocupam lugar de destaque no pleitos judiciais.

Horvath Júnior explicita que “ tecnicamente, o tempo de contribuição não é um risco, mas, sim, uma certeza de que, ao final do prazo estipulado legalmente, em havendo as contribuições regulares, será concedida a aposentadoria”⁸⁵, todavia, presume-se que o segurado estará desgastado após o término do período de contribuição, o que consubstanciaria um risco a ser protegido pelo sistema previdenciário.

Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins argumenta que:

“ a aposentadoria por tempo de contribuição deve ser mantida, pois há contingência a ser coberta, porque o trabalhador já se apresenta cansado depois de tantos anos de trabalho. O tempo de contribuição é considerado contingência pelo desgaste do trabalhador com o passar dos anos, por suas dificuldades em conseguir emprego, pois tem mais de 40 anos. Não se pode negar, porém, que a aposentadoria por tempo de contribuição é até mesmo uma forma de renovação de quadros, dando oportunidades aos mais novos, concedendo mais postos de trabalho aos iniciantes.”⁸⁶

Apesar prever somente o cumprimento de um período de contribuição, esta modalidade de aposentadoria possui controvérsias quanto ao requisito etário.

Vetada pelo Congresso Nacional, quando votada a EC 20/98, a idade mínima figurou na interpretação do Poder Executivo Federal no ponto e vírgula que encerra o inciso primeiro e inicia o inciso segundo do artigo 201 da Constituição Federal de 88 como uma conjunção aditiva. Nesta interpretação, os dois incisos se referem a somente uma aposentadoria, em que se requer o cumprimento de idade mínima e tempo de contribuição.

Este entendimento gerou conflitos que levaram à reedição do Decreto 3.048/99, que passou a reconhecer que os dois incisos tratam de aposentadorias diferentes. O inciso I do artigo 201 da CF/88 trata da aposentadoria por tempo de contribuição e o inciso II da aposentadoria por idade.

⁸³ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p. 610.

⁸⁴ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p. 610.

⁸⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.242.

⁸⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.352

Porém, o ideal de necessidade de um requisito etário para aposentadoria por tempo de contribuição continua presente em nosso ordenamento jurídico. “ Em função da necessidade da conjugação dos requisitos tempo de contribuição e idade, visando a busca do equilíbrio financeiro-atuarial, surge, com a Lei nº 9.876/99, a figura do fator previdenciário.”⁸⁷

Apesar de criticado, o fator previdenciário possui constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Fabio Zambitte destaca que

“ embora o fator previdenciário tenha surgido como um remendo legislativo, visando corrigir a ausência de idade mínima (que foi aprovada para os RPPS), é certo que sua extinção pura e simples é indesejada, pois permitiria aposentadorias precoces sem o devido financiamento, especialmente pelas altas expectativas de vida dos segurados, aliada à solidariedade às avessas provocada pela aposentadoria por tempo de contribuição [...]”⁸⁸

Calculado com base na idade, expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição previdenciária do segurado ao se aposentar, é utilizado de forma obrigatória na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, e de forma facultativa na aposentadoria por idade.

⁸⁷ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.248.

⁸⁸ IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012. p. 568

3. DESAPOSENTAÇÃO

3.1 Conceito e Contextualização da Desaposentação

A desaposentação, também denominada como renúncia à aposentadoria, consiste no desfazimento do ato concessório da aposentadoria, por vontade do titular, com o fito de obter benefício previdenciário de mesma natureza, financeiramente mais vantajoso.

A desaposentação se contextualiza no retorno do aposentado à atividade laborativa, não havendo qualquer impedimento legal em casos de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição. Aposentadoria especial, por sua vez, obsta o retorno ao trabalho em condições prejudiciais à saúde ou integridade física do segurado. Pela própria natureza do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, sua concessão impede o retorno à atividade laborativa, conforme explicitado no Capítulo 2.

Em decorrência da volta ao trabalho, ou simplesmente da manutenção do vínculo empregatício após a concessão da aposentadoria, o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social reassume sua qualidade de segurado obrigatório, devendo verter contribuições para fins de custeio da seguridade social. Conforme artigo 12, parágrafo 4º da Lei nº 8.212/91, cujo teor foi reproduzido no artigo 11, parágrafo 3º da Lei nº 8.213/91, que dispõe:

“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social”

Esta determinação decorre do princípio da solidariedade em que se funda a seguridade social, bem como na equidade de participação no custeio. Conforme disposto no capítulo 1 deste trabalho, o princípio da solidariedade está presente no artigo 3º inciso I da Constituição Federal, que estabelece como um objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O ideal da solidariedade também se encontra no artigo 195 da CF/88 que dispõe:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

Neste cenário, em que o aposentado continua trabalhando e, devido sua qualidade de segurado obrigatório, continua a verter contribuições para o sistema previdenciário, surge o pleito de renúncia à aposentadoria com o aproveitamento do tempo de filiação após a jubilação para concessão de nova aposentadoria.

Destaca-se a simultaneidade na desaposentação, caracterizada pela desconstituição de um ato jurídico administrativo (aposentação) para, em seguida, constituir outro ato jurídico da mesma natureza.⁸⁹ O segurado que até então estava aposentado, recebendo valores da Previdência Social, e simultaneamente empregado, manifesta

“renúncia ao benefício por si usufruído para, em seguida, formular novo requerimento de benefício da inatividade, para cuja concessão seriam computadas, no período básico de cálculo da nova prestação, todas as contribuições relativas à sua vida laboral, sejam elas relativas a período laborativo anterior ao primeiro benefício usufruído, sejam elas referentes ao período em que, aposentado, permaneceu simultaneamente em atividade remunerada, efetuando recolhimentos ao regime previdenciário.”⁹⁰

A tese favorável ao instituto da desaposentação é sustentada no caráter patrimonial e disponível da aposentadoria, bem como na ausência de vedação legal a esta prática. Apesar de acolhida por doutrinadores como Fabio Zambitte Ibrahim, Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari, e pelo Superior Tribunal de Justiça, o instituto se mostra incompatível com o ordenamento jurídico vigente e seus princípios.

3.2. A Incompatibilidade do Instituto da Desaposentação com o Ordenamento Jurídico Vigente e seus Princípios

3.2.1. Sistema Contributivo de Repartição e o Princípio da Solidariedade

Conforme explicitado no primeiro capítulo, nossa Carta Magna⁹¹ determina que “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.”

O sistema contributivo se refere ao custeio, à “fonte de arrecadação da receita

⁸⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes apud MENDES, Rodrigo de Godoy. Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 295-299, junho/ 2010.

⁹⁰ CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 275, junho/ 2010.

⁹¹ CRFB/88, artigo 201.

necessária ao desempenho da política de proteção social”⁹². Afirma-se que a “relação jurídica da Previdência Social pública é onerosa, em razão de que o segurado deve contribuir para ter direito ao benefício.”⁹³

A fonte de arrecadação do sistema contributivo são as denominadas contribuições sociais, destinadas exclusivamente à seguridade social. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, lecionam que o sistema contributivo refere-se, então, a aportes diferenciados dos tributos em geral, havendo uma especificação não só do tributo mas das pessoas que contribuirão⁹⁴. Elencados na legislação, os ditos contribuintes, vão desde os segurados (futuros beneficiários), a pessoas físicas ou jurídicas e ao Estado, que cumpre um papel de sustentação, a fim de suprir eventuais insuficiências financeiras.

O caráter contributivo da Previdência Social baseia-se no princípio da solidariedade e, conforme exposto no tópico anterior, justifica a contribuição do aposentado que retorna à atividade laborativa.

O sistema contributivo, por sua vez, divide-se em sistema de repartição e de capitalização.

O sistema de capitalização fundamenta-se na contribuição do próprio segurado, futuro beneficiário, que está sujeito a uma cotização por um determinado lapso temporal para que tenha direito a benefícios,⁹⁵ trata-se da criação de “contas individualizadas”. Este modelo é alvo de muitas críticas, que se referem à perda da noção de previdência social, de seguridade social, uma vez que não há solidariedade entre os indivíduos.

Já as contribuições no sistema de repartição, conforme lição de Castro e Lazzari:

“ [...] vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer beneficiário que atenda aos requisitos previstos na norma previdenciária. A participação do segurado continua sendo importante, mas a ausência de contribuição não lhe retira o direito a benefícios e serviços, salvo nas hipóteses em que se exige alguma carência.”⁹⁶

O sistema adotado pelo regime previdenciário brasileiro é o modelo de repartição simples, baseado no financiamento da seguridade social por toda sociedade. Norteia-se pela solidariedade e em decorrência dela estabelece um “pacto entre gerações”, em que os atuais

⁹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.30.

⁹³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014, p.302

⁹⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 30 e 31.

⁹⁵ Ibidem, p.32.

⁹⁶ Ibidem, p.32.

contribuintes sustentam os segurados inativos e pensionistas.

A contribuição de um segurado não é exclusiva deste, mas sim voltada para a manutenção de toda a rede protetiva. Não há, portanto, vinculação direta entre o valor das contribuições vertidas pelo segurado e o benefício que possa vir a receber. Desta forma, há segurados que irão contribuir mais do que irão receber e segurados que irão receber mais do que contribuiram.

Da interpretação deste fundamento da Previdência Social, extrai-se que as contribuições vertidas pelo segurado aposentado após o retorno à atividade laborativa não lhe pertencem. O fato de estar sujeito ao pagamento de contribuições previdenciárias não gera, por si só, o direito de utilizar as novas contribuições na concessão de novo benefício.

Deve-se lembrar que sua contribuição, embora importante, não é a única fonte de custeio do sistema e não pode estar voltada à composição de um fundo particular cujo valor deverá ser posteriormente devolvido a ele, sob pena de converter o sistema de repartição adotado por nosso regime previdenciário em sistema de capitalização.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto proferido pelo Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, da Quinta Turma do TRF da 4ª Região, vencido em parte no julgamento da AC 200071000151158/RS, a respeito do tema:

“[...] Daí decorre que, ao permanecer trabalhando, o autor passou a contribuir para ajudar no esforço coletivo de toda a sociedade brasileira de manter os benefícios dos segurados inativos e pensionistas, o que está conforme a lei (Lei nº 8.212, art. 11, §3º) e o sistema da repartição, adotado pela Constituição (art. 195), e é, enfim, justo, porque, em contrapartida, toda a sociedade brasileira mantém o pagamento da aposentadoria que o autor há anos vem recebendo.”⁹⁷

3.2.2. Autonomia entre a Relação de Custeio e a Relação de Prestação da Previdência Social

Em continuidade à tese exposta no tópico anterior, vislumbra-se a autonomia entre a relação jurídica de custeio e a relação de amparo da previdência social como outro óbice à renúncia à aposentadoria.

Pimenta de Castro discorre que a “desaposentação diz respeito à alteração produzida no resultado jurídico advindo de uma relação fático-jurídica estabelecida no plano

⁹⁷ PIZZOLATTI, Rômulo apud MATOS, João César Otoni de. Breves Considerações sobre a Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p. 171-172, junho/ 2010.

da seguridade social, mas especificamente decorrente de uma relação jurídico-previdenciária”⁹⁸ existente entre o Estado e o segurado, ou dependente.

Deve-se atentar para o fato de que a relação previdenciária compreende duas espécies distintas de relações jurídicas, a relação de custeio e a relação de prestação.

Castro e Lazzari lecionam que “a existência de uma relação jurídica de custeio própria para o âmbito da Previdência Social caracteriza o modelo de previdência de caráter contributivo,” uma vez que a receita da seguridade social decorre do pagamento pelos contribuintes de tributos específicos para o financiamento das ações no campo da proteção social.⁹⁹

Na relação de custeio o Estado atua como credor, compelindo as pessoas elencadas na legislação previdenciária ao pagamento de suas contribuições ao sistema, e o segurado, desta forma, atua como devedor. Já na relação de prestação, o Estado passa a atuar como devedor, decorrente de obrigação legal de pagar benefício previdenciário ao segurado que preencha os requisitos estabelecidos na legislação, e o segurado como credor.

A obrigação previdenciária de custeio possui natureza tributária, consubstanciada no vínculo entre o ente responsável pela arrecadação de contribuições e o contribuinte, ou responsável pelo recolhimento. “Regida por lei, e não pela vontade de particulares, a relação obrigacional de custeio é autônoma com referência à relação jurídica de prestação previdenciária”.¹⁰⁰

Essa independência se exemplifica nas obrigações de recolhimento de contribuições previdenciárias previstas em nossa legislação. Há pessoas que têm obrigação de contribuir para poderem gozar do benefício previdenciário, é o caso do segurado do regime, do trabalhador. Tal entendimento encontra-se em sintonia com o princípio contributivo. Por outro lado, há pessoas que devem contribuir em virtude de determinação legal, sem que recebam qualquer contraprestação pelo pagamento, em decorrência do princípio da solidariedade. É o caso das empresas, do empregador doméstico e da cobrança de contribuições sobre concursos de prognósticos.

⁹⁸ CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p. 279, junho/ 2010.

⁹⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.129.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.130.

É, inclusive, o caso do aposentado que retorna à atividade laborativa. Por retomar a condição de segurado obrigatório, deve verter contribuições à previdência social. Porém, em virtude da solidariedade e do sistema de repartição adotado pelo regime previdenciário brasileiro, essas contribuições não lhe pertencem.

Não lhe pertencem, ainda, em virtude da autonomia entre as relações de amparo e de custeio da previdência social. Uma vez que, no caso do aposentado que retorna ao trabalho, esta não gera “qualquer repercussão sobre a relação jurídica de amparo (relação de prestação), já foi aperfeiçoada com o preenchimento das condições e aperfeiçoado o risco ou contingência, seguido do pagamento do valor assegurado.”¹⁰¹

Feijó Coimbra leciona que “ não há correspondência entre a obrigação de custeio e a de amparo. [...] A obrigação de recolher contribuições não é, na maior parte dos casos, nem mesmo condição para o exercício do direito à prestação.”¹⁰²

3.2.3 Omissão Legislativa a Respeito da Desaposentação e a Aplicação do Princípio da Legalidade à Administração Pública

A relação jurídica de prestação previdenciária é aquela em que o credor é o “ indivíduo filiado ao regime de previdência ou seus dependentes, e devedor o Estado, por meio da entidade cuja atribuição é a concessão de benefícios e serviços.”¹⁰³ O objeto refere-se à entrega da prestação estabelecida em lei correspondente à contingência que acometeu o segurado.

Trata-se, portanto, de uma relação bilateral sujeita às regras de direito público, uma vez que ocorre por força de disposição e previsão legal obrigatória¹⁰⁴. Desta forma:

“ [...] o ato de concessão de qualquer benefício previdenciário é sempre vinculado. Isso implica dizer que o INSS somente pode fazer aquilo que a lei expressamente lhe autoriza e que não lhe cabe proceder a qualquer apreciação de oportunidade e conveniência na concessão de benefícios previdenciários. Havendo previsão legal expressa e comprovado o preenchimento dos requisitos fáticos-jurídicos para se aposentar, incumbe ao INSS, obrigatoriamente, conceder o benefício. [...]”¹⁰⁵

¹⁰¹ CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 281, junho/ 2010.

¹⁰² COIMBRA, Feijó apud CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.131.

¹⁰³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.141.

¹⁰⁴ CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 282, junho/ 2010.

A atuação da Administração Pública é norteadada pelo princípio da legalidade, que limita sua atividade à previsão legal. De acordo com este fundamento, a Administração só pode fazer o que a lei expressamente lhe autoriza.

Ocorre que este princípio possui outra vertente, direcionada aos particulares. Conforme artigo 5º, inciso II de nossa Carta Magna, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Desta forma, aos indivíduos é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Nesse contexto surge um dos impasses do instituto da desaposentação. Uma vez que não há lei que expressamente vede a renúncia à aposentadoria, com o cômputo dos períodos laborados após a jubilação, para obtenção de novo benefício, financeiramente mais vantajoso.

Essa omissão legislativa deve ser analisada sob o ângulo do aposentado que pleiteia a desaposentação e sob o ângulo da Administração, uma vez que se trata de uma relação bilateral, que extingue e cria direitos para todos os envolvidos. Ao pleitear a renúncia ao benefício que vem usufruindo, o aposentado requer, em seguida, a concessão de outra aposentadoria, originando nova obrigação para a autarquia previdenciária.¹⁰⁶

Desta forma, conforme entendimento sustentado pelo Juiz Federal Elísio Nascimento Batista Júnior em seu artigo “Direito à Desaposentação”:

“[...] sob a ótica da Administração a questão ganha outro enfoque. Se para o indivíduo a Constituição permite que este faça qualquer coisa que não haja vedação legal, o mesmo não se aplica à Administração. Esta é constitucionalmente vinculada ao princípio da legalidade, na vertente de que somente poderá atuar dentro da previsão legal, ou seja, vigora o brocardo de que o administrador somente poderá fazer aquilo que a lei o permita. Assim, temos que para a desaposentação o ato de renúncia deve ser aceito pela parte contrária, no caso a Administração, que não possui autorização legal para aceitar o ato. Ademais, conjuntamente com a renúncia deve ser garantida a contagem do tempo anteriormente utilizado para a concessão de novo benefício, ato para o qual tampouco existe previsão legal. Desta forma, o próprio princípio da legalidade que faculta ao indivíduo a possibilidade da desaposentação, veda à Administração a aceitação do ato.[...]”¹⁰⁷

Se por um lado não há vedação legal expressa à prática da desaposentação, por outro, não há a devida autorização legal que a efetive.

¹⁰⁵ BRASIL, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança.nº0051796-57.2013.4.01.3800. Impetrante Lucio Lopes Almeida; Impetrado Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social em Belo Horizonte/mg. Juiz Federal Substituto Walmir Nunes Conrado, 28/07/2014.

¹⁰⁶ JÚNIOR, Elísio Nascimento Batista..Direito à Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 106, junho/ 2010.

¹⁰⁷ Ibidem, p.106.

3.2.4 Existência de Vedação à Desaposentação no Artigo 18, Parágrafo 2º da Lei nº 8.213/91

O que se observa é que apesar da omissão legislativa a respeito da desaposentação, ausente dispositivo legal que trate expressamente sobre o tema, observamos que o legislador impôs óbice ao aproveitamento do período de atividade após a jubilação para obter nova aposentadoria. O artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91 dispõe:

“ Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

[...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.”

Embora o dispositivo legal não vede expressamente a concessão de nova aposentadoria em decorrência do retorno à atividade laboral, e do consequente pagamento de contribuições, o legislador:

“[...] deixou expresso, por interpretação lógico excludente, que, em decorrência do exercício dessa atividade, o segurado não fará jus à prestação alguma da Previdência Social, ressaltando de modo explícito apenas as prestações a que teria direito acaso mantido vínculo empregatício (segurado empregado), quais sejam, salário família e à reabilitação profissional.”¹⁰⁸

Desta forma, conquanto o legislador não verse de forma explícita sobre a possibilidade de nova aposentadoria após a jubilação, claramente estabelece quais prestações previdenciárias o aposentado faz jus em decorrência de sua atividade, não conferindo qualquer efeito jurídico em virtude deste evento senão os textualmente excetuados.¹⁰⁹

Observa-se então, que, em obediência ao princípio da legalidade, a Administração não está obrigada a conceder prestação previdenciária diversa da estabelecida no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91. Uma vez que, além de não haver previsão legal que autorize a renúncia a aposentadoria e consequente concessão de outra, com o aproveitamento do tempo trabalhado após a jubilação, a concessão de nova aposentadoria como prestação a que faz jus o aposentado que retorna à atividade laboral não se encontra prevista no rol do parágrafo 2º, o que impede a desaposentação.

¹⁰⁸ CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 281, junho/ 2010.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 281.

A norma do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91 está em harmonia com o princípio da solidariedade e com o sistema de repartição adotado pelo regime previdenciário, bem como com a autonomia entre a relação de custeio e a relação de prestação.

3.2.5 Renúncia à Aposentadoria e Ato Jurídico Perfeito

Fixado entendimento da incompatibilidade da desaposentação no ordenamento jurídico vigente e seus princípios, vale ressaltar incongruências a respeito deste instituto a fim de evidenciar suas controvérsias.

Temos que o instituto da desaposentação se refere à possibilidade do aposentado que retorna à atividade laborativa renunciar ao benefício que vem recebendo, e com o cômputo do tempo de serviço realizado após a jubilação, pleitear nova aposentadoria, financeiramente mais vantajosa.

Ocorre que não se trata propriamente de renúncia, uma vez que não se caracteriza pela pura e simples abdicação do direito.¹¹⁰ Ao renunciar ao benefício de aposentadoria que vinha recebendo o segurado pleiteia, em seguida, novo benefício da inatividade, desta forma, simultaneamente, extingue uma relação jurídica e cria outra da mesma natureza. A intenção do segurado continua sendo a manutenção de sua condição de aposentado, visa somente o cômputo de novo período contributivo para obter benefício financeiramente mais vantajoso. O segurado não deixaria de usufruir do benefício de aposentadoria mas apenas de sua versão menos vantajosa.

Nesse sentido, a Juíza Federal Nair Cristina Corado Pimenta de Castro afirma se tratar de:

“[...] uma forma de revisão tendente à majoração da RMI da prestação inicialmente concedida quando os requisitos se mostravam insuficientes para a concessão de prestação diversa mais vantajosa (seja por alteração do fator previdenciário, pela expectativa de vida e pelo tempo de serviço agregado ou pela alteração dos salários de contribuição).”¹¹¹

Em complemento a este raciocínio, destaca-se posicionamento de Fabio Zambitte Ibrahim:

“[...] Melhor seria a lei prever, automaticamente, o recálculo do benefício, por exemplo, a cada ano a mais de contribuição do segurado, pois a desaposentação, hoje, nada mais é do que um criativo mecanismo de superação desta omissão

¹¹⁰ DOEHLER, Guilherme Mendonça. O Instituto de Desaposentação (renúncia à aposentadoria): Considerações à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência..*Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 131, junho/2010.

¹¹¹ CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p, 283, junho/ 2010.

legislativa. Não é a desaposentação em si o que o segurado deseja, mas sim a melhoria de sua prestação. A desaposentação é questão incidental na ação revisional.”¹¹²

Além do mais, ressalta-se que a desaposentação trata de ato jurídico que não pode ser alterado unilateralmente.

A relação jurídica de prestação previdenciária é composta pela indivíduo filiado ao regime previdenciário e pelo Estado, e tem como objetivo a entrega da prestação estabelecida em lei correspondente à contingência que acometeu o segurado. Trata-se, portanto, de uma relação bilateral sujeita às regras de direito público, cujo ato é vinculado.

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato jurídico se aperfeiçoa quando “ esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído.”¹¹³

No caso da aposentação, entendido como ato de concessão do benefício previdenciário da aposentadoria, esta se aperfeiçoa diante do pagamento pela previdência social de benefício ao segurado que em virtude da existência de contingência estabelecida em lei preenche todos requisitos necessários ao recebimento da prestação previdenciária. Quando o segurado recebe o amparo da previdência social.

Desta forma, concluído processo da aposentação tem-se um ato jurídico perfeito, que não pode ser alterado unilateralmente. A Administração deve atuar neste processo, só podendo agir conforme autorização legal.

¹¹² IBRAHIM, Fábio Zambitte apud CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, p. 283, junho/ 2010.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.358.

4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em virtude da omissão legislativa a respeito da desaposentação, e do indeferimento dos pleitos administrativos pela autarquia previdenciária, os aposentados recorrem ao Judiciário para satisfazerem sua pretensão.

A discussão sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria, com o cômputo do tempo de serviço após a jubilação, para obter nova aposentadoria, financeiramente mais vantajosa, comporta três posicionamentos.

O primeiro refere-se à possibilidade da desaposentação, diante do caráter patrimonial e disponível do benefício previdenciário da aposentadoria e da ausência de vedação legal ao instituto. Deferida a desaposentação, não haveria necessidade de devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria a que se pretende renunciar, uma vez que não houve qualquer ilegalidade na concessão do benefício. O aposentado fez jus ao recebimento da prestação.

Já o segundo posicionamento refere-se à impossibilidade da desaposentação. Esta tese afirma que as contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno à atividade laboral são voltadas para o custeio do sistema e não para a concessão de novo benefício, em consonância com o princípio da solidariedade em que se funda a seguridade social. O instituto encontraria óbice, ainda, no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91.

O terceiro posicionamento versa sobre a possibilidade do instituto da desaposentação desde que os valores recebidos a título da aposentadoria a que se pretende renunciar sejam devolvidos. Esta obrigatoriedade refere-se à necessidade do retorno *ao status quo ante* para que o benefício efetivamente deixe de existir, possibilitando o pleito de nova aposentadoria. Em virtude da devolução dos valores recebidos estaria preservado o equilíbrio financeiro e atuarial.

Diante desta divergência, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.334.488/SC, assentou o entendimento quanto à viabilidade do aposentado renunciar ao benefício com o fito de obter nova aposentadoria, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos.

Aguarda-se manifestação do Supremo Tribunal Federal no RE 661256, de

repercurssão geral reconhecida, para por fim à controvérsia da desaposentação. Espera-se, também, posicionamento da Suprema Corte no RE 827833 e RE 381367.

4.1 Entendimento Firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.334.488/SC

No julgamento do Recurso Especial 1.334.488, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento acerca da possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria sem a necessidade de devolução dos valores recebidos por força do benefício preterido, conforme ementa destacada:

“RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.”

No voto proferido, o relator faz breve análise da evolução legislativa da Lei 8.213/91 no diz respeito as contribuições vertidas pelo aposentado após o retorno à atividade laboral. Destaca que, através do instituto denominado “pecúlio”, as contribuições vertidas pertenciam ao aposentado, que recebia, em pagamento único, o valor corresponde à soma das importâncias pagas.

Porém, com o advento das Leis 9.032/1995 e 9.527/1997 o pecúlio foi extinto e,

conforme, artigo 11, parágrafo 3º da Lei nº 8.213/91¹¹⁴, determinou-se que as contribuições vertidas pelo aposentado em virtude do retorno à atividade laboral estariam destinadas ao custeio da seguridade social.

Desta forma, reconhece que:

“[...] as contribuições da atividade laboral do segurado aposentado são destinadas ao custeio do sistema (art. 11, § 3º), não podendo ser utilizadas para outros fins, salvo as prestações salário-família e reabilitação profissional (art. 18, § 2º). Não é permitido, portanto, conceder ao aposentado qualquer outro tipo de benefício previdenciário, inclusive outra aposentadoria.”¹¹⁵

Utilizando-se de precedentes da Corte referentes à ilegitimidade do Ministério Público Federal de atuar em ações que versem sobre benefício previdenciário, o relator sustentou a natureza patrimonial e disponível da aposentadoria. Nesta mesma metodologia, afirmou a possibilidade da desaposentação.

No que se refere a necessidade de devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria a que pretende renunciar, o relator colacionou ementas do Superior Tribunal de Justiça que reconheciam a desnecessidade de devolução dos valores, uma vez que o segurado fez jus à prestação. Nesse aspecto, apresenta ressalva, em votos vencidos, sobre seu entendimento pessoal acerca da necessidade de devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia.

Observa-se que, neste julgamento, o Superior Tribunal de Justiça não se pronunciou acerca dos aspectos controversos da desaposentação, como o ato jurídico perfeito e a vedação contida no artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91. Contudo, a Corte reconheceu a possibilidade de renúncia à aposentadoria sem a necessidade de devolução dos valores recebidos.

4.2. Julgamento da Desaposentação pelo Supremo Tribunal Federal

Aguarda-se manifestação do Supremo Tribunal Federal no RE 661256, de repercussão geral reconhecida, para por fim à controvérsia da desaposentação. Espera-se, também, posicionamento da Suprema Corte no RE 827833, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, no RE 381367, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

¹¹⁴ Lei 8.213/91, art.11, § 3º:” O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)”

¹¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.334.488/SC, relator Ministro Herman Benjamin.

Destaca-se que o RE 381367 foi interposto antes do RE 661256, porém, em virtude de sua autuação em abril de 2003 não está dotado de repercussão geral, uma vez que este instituto adveio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Dada a relevância jurídica, social e financeira do tema, sua repercussão geral foi reconhecida em novembro de 2011 no âmbito da RE 661256.

Autuado em outubro de 2011, o Recurso Extraordinário 661256, de relatoria do Ministro Roberto Barroso é composto pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, atuando como recorrente; Valdemar Roncaglio, como recorrido; e possui como Amicus Curiae o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário-IBDP, a União e a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas-COBAP.

Após voto proferido pelo relator em 09/10/2014 e dos Ministros Teori Zavascki e Dias Toffoli em 29/10/2014, o processo encontra-se suspenso em virtude de pedido de vista pela Ministra Rosa Weber, bem como o RE 827833 e o RE 381367 que estão sendo julgados juntamente com o Recurso Extraordinário dotado de repercussão geral.

O Ministro Relator Roberto Barroso votou de forma favorável ao instituto da desaposentação, porém, levando em consideração os proventos já recebidos pelo segurado. Propõe que momento do cálculo da nova aposentadoria considere-se a expectativa de vida e idade do segurado aplicadas ao fator previdenciário no momento da concessão do primeiro benefício, e o tempo e alíquota de contribuição de todo o período trabalhado, antes e após a aposentação.

Acredita que a “solução proposta se afiguraria justa, porquanto o segurado não contribuiria para o sistema em vão, mas também não se locupletaria deste último, além de preservar seu equilíbrio atuarial.”¹¹⁶ Tal solução também conservaria a isonomia e justiça em relação ao segurado que estaria se aposentando pela primeira vez, já que há “diferença objetiva e não haveria legitimidade constitucional em se equiparar as duas situações, sob pena de tratar igualmente os desiguais.”¹¹⁷ Propôs, ainda, que, caso a Corte adote seu posicionamento, a decisão só produza seus efeitos após 180 dias da publicação, salvo se houver edição de ato normativo que discipline a matéria.

Afirma que o parágrafo 2º, do artigo 18, da Lei nº 8.213/91 não veda a

¹¹⁶ STF. Informativo 762. Brasília, 06 a 11 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo762.htm>>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

¹¹⁷ STF. Informativo 762. Brasília, 06 a 11 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo762.htm>>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

desaposentação, não havendo dispositivos legais válidos que impeçam sua prática. Em virtude do sistema contributivo e do princípio da solidariedade adotado por nosso sistema, não há exata correspondência entre contribuição e benefício. Porém, atribuir como contraprestação ao pagamento de contribuições previdenciárias do aposentado que retorna à atividade somente o salário-família e reabilitação profissional, viola este sistema constitucional e contributivo.¹¹⁸

Para melhor entendimento do posicionamento adotado pelo Ministro Roberto Barroso, destaca-se ementa de seu voto:

“Ementa: PREVIDÊNCIA SOCIAL. REGIME GERAL. POSSIBILIDADE DE DESAPOSENTAÇÃO. NORMAS APLICÁVEIS.

1. O Regime Geral da Previdência Social – RGPS, aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada, é informado por mandamentos constitucionais que incluem o equilíbrio financeiro e atuarial, a isonomia entre os segurados e a justiça intergeracional. O sistema é estruturado em torno de dois vetores: a) o caráter contributivo e (b) o princípio da solidariedade.

2. A solidariedade decorre, entre outros fatores, do modelo de financiamento, que abrange não apenas as contribuições dos empregados, mas também dos empregadores, além de recursos orçamentários e outras fontes de custeio. O caráter contributivo resulta do pagamento de contribuições pelos empregados, em troca de coberturas a serem fornecidas pelo sistema, que incluem a percepção de proventos com base no tempo e no valor das contribuições.

3. Em razão do princípio da solidariedade, não se exige uma correspondência estrita entre contribuição e benefício, até porque o sistema ampara pessoas que nunca contribuíram ou contribuíram de maneira muito limitada. Por outro lado, tendo em vista o caráter contributivo do modelo, exige-se algum grau de comutatividade entre o que se recolhe e o que se recebe. Como consequência, não é legítima a cobrança feita ao segurado sem qualquer contraprestação efetiva ou potencial.

4. A figura da desaposentação consiste na renúncia a uma primeira aposentadoria para obtenção de uma nova, em melhores condições, com 2 utilização de contribuições posteriores, pagas em razão da volta à atividade. A Lei nº 8.213/91 – e seu art. 18, § 2º –, não cuida da desaposentação, por ter sido editada ao tempo em que as contribuições posteriores à aposentadoria eram restituídas ao segurado sob a forma de pecúlio.

5. Não sendo vedada pela legislação, a desaposentação é possível. No entanto, à falta de legislação específica – e até que ela sobrevenha –, a matéria sujeita-se à incidência direta dos princípios e regras constitucionais que cuidam do sistema previdenciário. Disso resulta que os proventos recebidos na vigência do vínculo anterior precisam ser levados em conta no cálculo dos proventos no novo vínculo, sob pena de violação do princípio da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

6. Até que seja editada lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: no cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Tal interpretação se impõe em razão da finalidade de tais fatores à luz do sistema constitucional: graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado de permanência do segurado no sistema. Do contrário, o servidor desaposentado receberia benefícios por prazo muito maior do que os outros segurados com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição.

7. Tal solução destina-se a colmatar uma lacuna existente no sistema jurídico em relação à desaposentação. Por essa razão, somente será aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão. Nesse intervalo, se os Poderes Legislativo e Executivo entenderem que devem prover diferentemente acerca da

¹¹⁸ STF. Informativo 762. Brasília, 06 a 11 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo762.htm>>. Acesso em: 11 de abril de 2015.

matéria, observadas as diretrizes constitucionais aqui traçadas, o ato normativo que venham a editar deverá prevalecer.

8. Recursos extraordinários aos quais se dá provimento parcial, assentando-se a validade da desaposentação, observada a condição enunciada no item anterior.”¹¹⁹

Observa-se que o Relator inovou quanto aos posicionamentos adotados na desaposentação. Não aderiu à impossibilidade da desaposentação, ao deferimento da nova aposentadoria sem a necessidade de devolução de valores, nem ao deferimento da prática desde que haja devolução dos valores recebidos da aposentadoria preterida.

Acredita ser possível a prática da desaposentação, porém, levando em consideração os valores recebidos pelo aposentado, para manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial bem como para preservação da isonomia entre os segurados, sem que haja devolução destes valores, uma vez que foram válidos e recebidos de boa-fé. Sua proposta versa, tão somente, sobre a aplicação do fator previdenciário no cálculo da nova aposentadoria. Afirma que não se trata de inconstitucionalidade, mas de uma lacuna legislativa.¹²⁰

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli se manifestou pela impossibilidade da desaposentação. Afirmou não existir qualquer inconstitucionalidade do artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91, e que, ainda que existisse dúvida quanto ao real sentido conferido ao dispositivo legal, e sua consequente vedação à desaposentação, caberia a aplicação da máxima “in dubio pro legislatore”. Destacou o efeito prejudicial do instituto da desaposentação ao fator previdenciário e ao equilíbrio financeiro e atuarial, conforme informativo nº 765 do Supremo Tribunal Federal:

“[...] O Ministro Dias Toffoli, de início, afirmou não vislumbrar inconstitucionalidade no § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 (“O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”). Além disso, não seria o caso de lhe conferir interpretação conforme o texto constitucional, a permitir, como pretendido, o recálculo dos proventos de quem, já aposentado, voltasse a trabalhar. Seria clara a interpretação que a União e o INSS dariam ao citado dispositivo, no sentido de que este, combinado com o art. 181-B do Decreto 3.048/1999 (“As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”), impediriam a “desaposentação”. Por outro lado, apesar de a Constituição não o vedar expressamente, o texto constitucional não preveria especificamente o direito que se

¹¹⁹ PARA, Barroso, desaposentação é possível. Migalhas, n.3596, 9 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209151,41046Para+Barroso+desaposentacao+e+possivel>> Acesso em 11 de abril de 2015.

¹²⁰ PARA, Barroso, desaposentação é possível. Migalhas, n.3596, 9 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209151,41046Para+Barroso+desaposentacao+e+possivel>> Acesso em 11 de abril de 2015.

pretende ver reconhecido, qual seja, a “desaposentação”. A Constituição disporia, de forma clara e específica, que ficariam remetidas à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutissem, de forma direta, na concessão dos benefícios, nos termos dos artigos 194 e 195. A “desaposentação”, entretanto, não possuiria previsão legal. Assim, esse instituto não poderia ter natureza jurídica de ato administrativo, que pressuporia o atendimento ao princípio da legalidade administrativa. Nada obstante, se a aposentadoria tivesse sido declarada e se fizesse por meio de ato administrativo lícito, não haveria que se falar em desconstituição deste por meio da “desaposentação”, mesmo porque, sendo lícita a concessão do direito previdenciário, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos “ex tunc”.

O Ministro Dias Toffoli asseverou, ademais, que o fator previdenciário, instituído pela Lei 9.876/1999, também deveria ser levado em consideração. Esse instituto, num primeiro momento, poderia até ser visto como um ônus para o trabalhador. Entretanto, o fator previdenciário permitiria que o contribuinte gozasse do benefício antes da idade mínima, com a possibilidade, inclusive, de escolher uma data para a aposentadoria, em especial quando entendesse que dali para a frente não conseguiria manter sua média contributiva. Portanto, a ideia de que o fator previdenciário importaria um ônus escorchante seria falsa. Sua instituição no sistema previdenciário brasileiro, na medida em que representaria, no formato em que instituído, instrumento típico do sistema de repartição, afastaria a tese de que a correlação entre as remunerações auferidas durante o período laboral e o benefício concedido implicaria a adoção do regime de capitalização. Por outro lado, a “desaposentação” tornaria imprevisíveis e flexíveis os parâmetros utilizados a título de “expectativa de sobrevida” — elemento do fator previdenciário —, mesmo porque passaria esse elemento a ser manipulado pelo beneficiário da maneira que melhor o atendesse. O objetivo de estimular a aposentadoria tardia, estabelecido na lei que instituiu o citado fator, cairia por terra, pois a “desaposentação” ampliaria o problema das aposentadorias precoces. Igualmente, não haveria violação ao sistema atuarial ao se vedar a “desaposentação”. Isso porque, ao contrário do que sustentado nos autos, as estimativas de receita deveriam ser calculadas considerando os dados estatísticos, os elementos atuariais e a população economicamente ativa como um todo. O equilíbrio exigido pela lei não seria, portanto, entre a contribuição do segurado e o financiamento do benefício a ser por ele percebido. Além do mais, o regime previdenciário nacional possuiria, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva, a preponderar o caráter solidário. Por fim, ainda que existisse dúvida quanto à vinculação e ao real sentido do enunciado normativo previsto no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, o qual impediria que se reconhecesse a possibilidade da “desaposentação”, na espécie caberia a aplicação da máxima jurídica “in dubio pro legislature”. Se houvesse, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação da referida norma, ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto em comento, o espaço democrático para esses debates haveria de ser o Congresso Nacional.”¹²¹

O Ministro Teori Zavascki acompanhou o posicionamento do Ministro Dias Toffoli a respeito da impossibilidade da desaposentação. Zavascki destacou que o Regime Geral de Previdência Social possui natureza estatutária e institucional, inteiramente regrado por lei. Desta forma, a ausência de proibição à desaposentação não torna legítima sua prática, pelo contrário, traduz a inexistência do dever de prestação por parte da previdência social.¹²²

Relata que com a extinção do “pecúlio” as contribuições vertidas pelo aposentado

¹²¹ STF. Informativo 765 de 27 a 31 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo765.htm>> Acesso em 11 de abril de 2015.

¹²² STF. Informativo 765 de 27 a 31 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo765.htm>> Acesso em 11 de abril de 2015.

são destinadas ao custeio da seguridade social e não a obtenção de posterior benefício. Sobre o artigo 18, parágrafo 2^a da Lei 8.213/91, não há qualquer inconstitucionalidade a ser declarada, uma vez que está em consonância com o princípio da solidariedade adotado por nosso regime previdenciário. Caso reconhecida tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal, não haveria outro resultado senão o retorno do instituto do “pecúlio”, com a consequente restituição das contribuições vertidas. Não haveria como se criar terceiro benefício jamais previsto na legislação.¹²³ Para melhor entendimento do posicionamento do Ministro Teori Zavascki vale colacionar trecho do informativo nº 765 do Supremo Tribunal Federal a respeito de seu voto:

“ Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki, ao acompanhar o Ministro Dias Toffoli, destacou, inicialmente, que o RGPS, como definido no art. 201 da CF e nas Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, teria natureza estatutária ou institucional, e não contratual, ou seja, seria inteiramente regrado por lei, sem qualquer espaço para intervenção da vontade individual. A natureza estatutária desse regime acarretaria, então, consequências importantes em relação à formação, à aquisição, à modificação e ao exercício dos correspondentes direitos subjetivos. No caso, os direitos subjetivos somente nasceriam, ou seja, somente se tornariam adquiridos, quando inteiramente aperfeiçoados os requisitos próprios previstos na lei — o ato-condição —, diferentemente do que ocorreria com os direitos subjetivos oriundos de situações individuais, que nasceriam e se aperfeiçoariam imediatamente, segundo cláusulas legitimamente estabelecidas pela manifestação de vontade. Em razão disso, a jurisprudência do STF enfatizaria, sistematicamente, que não haveria direito adquirido a determinado regime jurídico. Portanto, no âmbito do RGPS, que seria estatutário, os direitos subjetivos estariam integralmente disciplinados pelo ordenamento jurídico. Esses direitos seriam apenas aqueles legalmente previstos — segundo a configuração jurídica que lhes tivesse sido atribuída — no momento em que implementados os requisitos necessários à sua aquisição. Isso significaria que a ausência de proibição à obtenção ou ao usufruto de certa vantagem não poderia ser tida como afirmação do direito subjetivo de exercê-la. Na verdade, dada a natureza institucional do regime, a simples ausência de previsão estatutária do direito equivaleria à inexistência do dever de prestação por parte da previdência social. Consideradas as premissas expostas, verificou que as Leis 8.870/1994 e 9.032/1995 teriam extinguido a disciplina legal que previa a existência de pecúlios (Lei 8.212/1991, art. 18, § 2º, e Lei 8.213/1991, artigos 81, II, e 82, todos na redação originária). Aqueles seriam devidos, por exemplo, ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo RGPS que voltasse à atividade, quando dela se afastasse. O pecúlio, nesse caso, consistiria em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança. No período em que vigente essa disciplina legal, a contribuição dos segurados do regime geral seria destinada à formação dos citados benefícios — os pecúlios —, ainda que não existissem formalmente fundos individuais. Ou seja, a contribuição do aposentado teria, na época, característica típica de regime previdenciário de capitalização e não de repartição. O Ministro Teori Zavascki ressaltou que a Lei 9.032/1995, ao ultimar o processo de extinção dos pecúlios, incluíra o parágrafo 4º ao art. 12 da Lei 8.212/1991 (“O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório

¹²³ STF. Informativo 765 de 27 a 31 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo765.htm>> Acesso em 11 de abril de 2015.

em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social”), e o parágrafo 3º ao art. 11 da Lei 8.213/1991 (“O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”). Com isso, teria sido dada às contribuições vertidas pelo aposentado trabalhador finalidade diferente da que até então teria, típica de capitalização, e teriam passado a ser devidas para fins de custeio da seguridade social, e, portanto, um regime de repartição. Ficaria claro, então, que, a partir da extinção dos pecúlios, as contribuições pagas destinaram-se ao custeio atual do sistema geral de seguridade, e não ao pagamento, ou eventual incremento ou melhoria de futuro benefício específico para o próprio segurado ou para seus dependentes. Assim, presente o estatuto jurídico delineado, não haveria como supor a existência do direito subjetivo à “desaposentação”. Esse benefício não teria previsão no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que se inseriria, seria indispensável para que gerasse um correspondente dever de prestação. Ademais, para se reconhecer o direito à “desaposentação” seria necessário declarar previamente a inconstitucionalidade — inexistente, visto que compatíveis com o caráter solidário do sistema — do parágrafo 2º do art. 18, e do parágrafo 3º do art. 11, ambos da Lei 8.213/1991, bem como do parágrafo 4º do art. 12 da Lei 8.212/1991. Declarada a inconstitucionalidade, porém, isso não geraria outra coisa senão o retorno ao “status quo” anterior, ou seja, o retorno aos pecúlios ou a restituição das contribuições vertidas. Não haveria como se criar, sob o pretexto dessa inconstitucionalidade, um terceiro benefício jamais previsto na legislação, o que iria contra a natureza estatutária antes aludida. Outrossim, a solidariedade, a respaldar, como dito, a constitucionalidade do sistema atual, justificaria a cobrança de contribuições pelo aposentado que voltasse a trabalhar. Este deveria adimplir seu recolhimento mensal como qualquer trabalhador, mesmo que não obtivesse nova aposentadoria. A razão de solidariedade seria essa, a contribuição de um não seria exclusiva desse, mas sua para a manutenção de toda a rede protetiva. [...]”¹²⁴

O Ministro Marco Aurélio, no âmbito do RE 381367, de sua relatoria, posicionou-se favorável à desaposentação. Em voto proferido em 2010 afirmou que:

“[...]ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Registrou, por fim, que essa conclusão não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. [...]”¹²⁵

Pode-se dizer, então, que no âmbito do Supremo Tribunal Federal o posicionamento a respeito da possibilidade de renúncia ao benefício de aposentadoria, com contagem do tempo utilizado para concessão do benefício originário e aquele laborado após a jubilação, com o fito de obter benefício previdenciário da mesma natureza, financeiramente

¹²⁴ STF. Informativo 765 de 27 a 31 de outubro de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo765.htm>> Acesso em 11 de abril de 2015.

¹²⁵ STF. Informativo 600 de 13 a 17 de setembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>> Acesso em 11 de abril de 2015.

mais vantajoso, encontra-se empatado. Apesar de proferidos apenas três votos no Recurso Extraordinário dotado de repercussão geral, um favorável e dois desfavoráveis.

CONCLUSÃO

Contextualizado no retorno do aposentado à atividade laborativa, o instituto da desaposentação consiste no desfazimento do ato concessório da aposentadoria, por vontade do titular, computando o tempo de serviço, e consequentemente as contribuições vertidas, antes e após a concessão do benefício previdenciário preterido, para obtenção nova aposentadoria, financeiramente mais vantajosa.

Em virtude de omissão legislativa a respeito do tema, o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS indefere os pleitos de renúncia à aposentadoria, o que culmina no ajuizamento destas demandas perante o Poder Judiciário. Diante da ausência de posicionamento legal e de posicionamento jurídico vinculante, as divergências jurisprudenciais continuam e o debate acerca da desaposentação continua sem solução.

Ante o exposto neste trabalho, a desaposentação mostra-se incompatível com nosso ordenamento jurídico vigente e seus princípios, dado o sistema contributivo de repartição fundado no princípio da solidariedade; na autonomia entre relação de custeio e relação de prestação da previdência social; na omissão legislativa a respeito da desaposentação e a aplicação do princípio da legalidade à Administração Pública e na determinação contida no artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91, de que o aposentado que retorna à atividade laborativa não fará jus a prestação alguma da previdência social em decorrência desta atividade, exceto ao salário família e reabilitação profissional, quando empregado. Pode-se dizer, que há controvérsia, ainda, a respeito da renúncia apresentada e ao ato jurídico perfeito de aposentação que se pretende alterar.

Fundada nos princípios da solidariedade; universalidade de cobertura e atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da Administração e na preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço, temos que a seguridade social possui como componente a previdência social, que, por sua vez, é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

O caráter contributivo da Previdência Social baseia-se no princípio da solidariedade, o que justifica a contribuição do aposentado que retorna à atividade

laborativa. Este sistema divide-se em repartição e capitalização. O sistema adotado por nosso regime previdenciário é o sistema de repartição, no qual as contribuições vertidas são destinadas à composição de um fundo único, do qual são retirados os recursos para concessão de benefícios aos segurados que atendam os requisitos legais.

Desta forma, a contribuição de um segurado não é exclusiva deste, mas sim voltada para a manutenção de toda a rede protetiva. Apesar de importante, sua contribuição não é a única fonte de custeio do sistema.

O fato de retomar à condição de segurado obrigatório, em virtude do retorno à atividade laborativa, e de estar sujeito ao pagamento de contribuições previdenciárias não gera, por si só, o direito de utilizar as novas contribuições na concessão de novo benefício. Isto ocorre ainda, em virtude da autonomia entre as relações de amparo e de custeio da previdência social.

Esta autonomia preconiza que não há, necessariamente, repercussão sobre a relação jurídica de amparo o retorno pelo aposentado que volta a trabalhar à relação jurídica de custeio, uma vez que este já recebeu a proteção previdenciária, e portanto contribui para o custeio do sistema.

Por sua vez, a omissão legislativa a respeito da desaposentação deve ser analisada sob o ângulo do aposentado que pleiteia a desaposentação e sob o ângulo da Administração, uma vez que se trata de uma relação bilateral, que extingue e cria direitos para todos os envolvidos. Ao pleitear a renúncia ao benefício que vem usufruindo, o aposentado requer, em seguida, a concessão de outra aposentadoria, originando nova obrigação para a autarquia previdenciária.

Deve-se ter em mente que os atos da Administração são regidos pelo princípio da legalidade, que determina que esta só pode fazer o que a lei expressamente autoriza.

Desta forma, se por um lado a omissão legislativa faculta ao indivíduo fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, e desta forma pleitear a desaposentação, esta mesma omissão legislativa veda a atuação Administrativa.

Neste ponto, destaca-se a disposição contida no artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/91, que dispõe que o aposentado que retorna à atividade laborativa não fará jus a prestação alguma da previdência social em decorrência do exercício desta atividade, exceto ao salário família e reabilitação profissional.

Apesar de não versar, expressamente, sobre a desaposentação, este dispositivo legal elenca, de forma clara, quais prestações o aposentado que retorna ao trabalho fará jus, e, dentre elas, não se encontra nova aposentadoria.

Observa-se então, que, em obediência ao princípio da legalidade, a Administração não está obrigada a conceder prestação previdenciária diversa da estabelecida no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91.

E, ressalta-se que, a norma do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91 está em harmonia com o princípio da solidariedade e demais princípios da seguridade social, com o sistema de repartição adotado pelo regime previdenciário, bem como com a autonomia entre a relação de custeio e a relação de prestação.

O instituto da desaposentação revela, ainda, incongruências no que se refere à renúncia a que se pretende apresentar. Não se trata propriamente de renúncia, uma vez que a intenção do segurado continua sendo a manutenção de sua condição de aposentado, visa somente o cômputo de novo período contributivo para obter benefício financeiramente mais vantajoso. O segurado não deixaria de usufruir do benefício de aposentadoria mas apenas de sua versão menos vantajosa.

Além do mais, temos que concluído processo da aposentação, consolida-se um ato jurídico perfeito, que não pode ser alterado unilateralmente. A Administração deve atuar neste processo, so podendo agir conforme autorização legal.

A desaposentação, realizada na forma atual, encontra óbice em nosso ordenamento jurídico. Autorizar sua prática em nosso ordenamento jurídico requer normatização, caso contrário, estar-se-ia violando os fundamentos e princípios securitários e previdenciários e aproveitando-se de lacunas legislativas.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- BRASIL, Decreto 3.048/98 de 06 de maio de 1999, anexo IV. Regulamento da Previdência Social. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>.
- BRASIL, Decreto-Lei 5.452/ de 1º de maio de 1943, Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.
- BRASIL, Lei nº8.212 de 24 de julho de 1991. Lei da Seguridade Social. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>.
- BRASIL, Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Lei da Previdência Social. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>.
- BRASIL, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança.nº0051796-57.2013.4.01.3800. Impetrante Lucio Lopes Almeida; Impetrado Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social em Belo Horizonte/mg. Juiz Federal Substituto Walimir Nunes Conrado, 28/07/2014.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.334.488/SC, relator Ministro Herman Benjamin.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CASTRO, Nair Cristina Corado Pimenta de. A (in) compatibilidade Vertical do Instituto da Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, junho/ 2010.
- DOEHLER, Guilherme Mendonça. O Instituto de Desaposentação (renúncia à aposentadoria): Considerações à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência..*Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3,junho/2010.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte.*Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi, RJ: Impetus, 2012.
- JÚNIOR, Elísio Nascimento Batista..Direito à Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, junho/ 2010.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Ltr, 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- PARA, Barroso, desaposentação é possível. Migalhas, n.3596, 9 de outubro de 2014. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209151,41046Para+Barroso+desaposentacao+e+possivel>>.
- PIZZOLATTI, Rômulo apud MATOS, João César Otoni de. Breves Considerações sobre a Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3, junho/ 2010.
- Rodrigo de Godoy. Desaposentação. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, n. 3,junho/ 2010.

STF. Informativo 600 de 13 a 17 de setembro de 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo600.htm>>

STF. Informativo 762. Brasília, 06 a 11 de outubro de 2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo762.htm>>

STF. Informativo 765 de 27 a 31 de outubro de 2014. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo765.htm>>

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. Niterói, RJ: Impetus, 2010.